

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Loacker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
--	-------

GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII
---	--------

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
---	---

HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
---	----

LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
---	----

GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
---	----

DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63
---	----

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterschaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER

Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE

Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCCELLA

Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER

Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI

Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI

Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS

Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER

Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER

Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA

Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER	
Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
 HANS NIGG	
Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
 WOLFGANG PORTMANN	
Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
 HANS RUDOLF TRÜEB	
Smart Contracts	723
 MARC WEBER	
Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735

III Versicherungsrecht

HANS-ULRICH BRUNNER	
Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
 ANDREA EISNER-KIEFER	
Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
 WALTER FELLMANN	
Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
 MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ	
Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
 CHRISTOPH K. GRABER	
Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN

Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz –
Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG 853

ANDREA PFLEIDERER

Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von
unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht 867

IOANNIS ROKAS

Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a
fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank
which has a pre-notice of a mortgage on the insured building 877

MARTIN SCHAUER

Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das
österreichische Recht 893

MANFRED WANDT

Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance
Contract Law (PEICL) 903

ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH

«Nudging» im Versicherungssektor 925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ

Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici
(1389–1464) lernen kann 947

PETER BÖCKLI

Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen
des Gesellschaftsrechts 973

CHRISTOPH B. BÜHLER

Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung 989

JEAN NICOLAS DRUEY	
Konzerntransparenz	1017

LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL	
Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035

LAURENT KILLIAS	
Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053

HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES	
Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069

V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht

STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH	
Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093

IVO LORENZO CORVINI-MOHN	
Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113

JOACHIM FRICK	
Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123

ANDREAS HEINEMANN	
Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135

MARKUS HESS	
Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstössen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einleitung	427
A. Hintergrund der Fragestellung	427
B. Relevanz der Fragestellung in Zeiten des AIA	429
C. Der Bezug der Fragestellung zum Jubilar	430
II. Drittstaatliches Eingriffsrecht im Allgemeinen	431
A. Grundlagen	431
B. Einordnung strafrechtlicher Bestimmungen	432
C. Kollisionsrechtliche Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen (Art. 19 IPRG)	433
D. Materiellrechtliche Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen (Schuldstatuttheorie)	437
III. Ausländisches Steuerstrafrecht im Besonderen	439
A. Das Problem	439
B. Beurteilung in der Rechtsprechung	441
C. Beurteilung in der Lehre	445
D. Stellungnahme	446
IV. Zusammenfassung	451

I. Einleitung

A. Hintergrund der Fragestellung

In einer Reihe von Verfahren hatten in jüngster Zeit Gerichte insbesondere in den Kantonen Genf und Tessin zu beurteilen, ob eine Bank mit Sitz in der Schweiz die Barauszahlung von Guthaben an im Ausland wohnhafte Kunden (resp. die Überweisung entsprechender Guthaben auf Banken ausserhalb der EU) verweigern darf, wenn diese keine Steuerkonformitätsbescheinigung unterzeichnet haben. Prozessual ging es dabei häufig um die Frage, ob die Voraussetzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss

Art. 257 ZPO erfüllt waren oder nicht.¹ Zwei Entscheide, in denen das Tessiner Appellationsgericht (Tribunale d'appello) die Klage zweier italienischer Bankkunden im summarischen Verfahren geschützt hatte, wurden erfolglos ans Bundesgericht weitergezogen.² Aufgrund der Besonderheiten der beiden Verfahren blieben allerdings zahlreiche materiellrechtliche Fragen offen. Insbesondere musste das Bundesgericht nicht prüfen, ob ausländische Normen zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Geldwäscherei im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden können, um der Bank zu ermöglichen, die Auszahlung resp. Überweisung der Gelder zu beschränken. Die Banken hatten sich unter anderem darauf berufen, dass sie sich nach dem ausländischen Wohnsitzrecht des Kunden strafbar machen könnten, wenn sie Gelder ohne Überprüfung der Steuerkonformität ausbezahlten.

Ende 2016 hatte nun die Genfer Appellationsinstanz, die Cour de Justice (chambre civile), verschiedentlich Gelegenheit, sich inhaltlich mit den Einwänden der beklagten Banken zu befassen.³ Die Entscheide betrafen das Verhältnis zwischen französischen Kunden und Genfer Banken. Das Gericht kam zum Schluss, dass die französischen Bestimmungen zur Ahndung von Geldwäscherei und Steuerhinterziehung, auf die sich die beklagten Banken unter anderem berufen hatten, nicht im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden konnten. Verworfen wurden auch zahlreiche weitere Argumente, die sich auf das materielle Schweizer Recht abstützten, dem die Bankverträge allesamt unterstanden.

Die Lehre hat sich bisher vor allem mit den materiellrechtlichen Fragen befasst, die sich aus dem Verstoß gegen ausländisches Steuerrecht ergeben, so mit der Frage, ob sich die Bank auf ihre AGB berufen kann, um die Ausführung von Kundenweisungen zu verweigern, ferner mit der Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR), der nachträglichen unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit (Art. 119 OR) und der *clausula rebus sic stantibus*.⁴

Im Folgenden soll nun die kollisionsrechtliche Fragestellung in den Vordergrund rücken: Können fiskalisch motivierte Strafbestimmungen ausländischer Staaten im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen? Weitere Argumente, die zur Verweigerung der Auszahlung an

1 Überblick über die Rechtsprechung bei S. EMMENEGGER/R. GOOD, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher?, in: S. Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, 33, 37 ff.

2 BGer, Urt. 4A_168/2005 vom 28.10.2015 (= Pra 105 [2016], Nr. 61, 586 ff.) sowie Urt. 4A_170/2015 vom 28.10.2015 (= Pra 105 [2016], Nr. 62, 592 ff.); vgl. L. THÉVENOZ/S. EMMENEGGER/E. PODA/M. KISSLING, Le droit bancaire privé suisse 2015, SZW 2016, 207, 208 f., 225 ff.

3 Siehe die Urteile ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016; ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016; ACJC/1585/2016 vom 2.12.2016; ACJC/1690/2016 vom 12.12.2016; ACJC/1691/2016 vom 12.12.2016 (alle abrufbar unter <<http://ge.ch/justice/dans-la-jurisprudence>> [31.8.2017]). Sachverhalt und Begründung dieser Entscheide sind jeweils weitgehend identisch.

4 Siehe insbes. EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33 ff.; ferner F. ROMERIO/K. IVELL, Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte, in: S. Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, 141 ff.

den Bankkunden dienen könnten und die sich auf das materielle schweizerische Recht abstützen, werden am Rande gestreift (unten S. 453 ff.). Vorweg soll jedoch kurz auf den «Automatischen Informationsaustausch» (AIA) eingegangen, vor allem aber auch ein Grusswort an den lieben Jubilar gerichtet werden.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass qualifizierte Steuervergehen seit dem 1.1.2016 nach schweizerischem Strafrecht als Vortaten zur Geldwäscherei gelten (Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 1^{bis} StGB).⁵ Die Bestimmungen sind allerdings wesentlich enger gefasst als vergleichbare Normen anderer Staaten.⁶ Die blosser Auszahlung unsteuerter Gelder durch eine Bank wird davon kaum erfasst. Als qualifiziertes Steuervergehen gilt der Steuerbetrug nach Art. 186 DBG⁷ und Art. 59 Abs. 1 StHG⁸. Vorausgesetzt ist nach Art. 305 Abs. 1^{bis} StGB zudem, dass die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als CHF 300 000 betragen.

B. Relevanz der Fragestellung in Zeiten des AIA

Die erwähnten kantonalen Entscheide (oben S. 441 f.) sind alle vor dem 1.1.2017 ergangen. Inzwischen hat sich die Rechtslage verändert: Im Verhältnis zu den EU- sowie zahlreichen weiteren Staaten⁹ greift seit 2017 der «Automatische Informationsaustausch» (AIA).¹⁰ Staaten, die untereinander den AIA vereinbart haben, tauschen gegenseitig Informationen über Konten aus, die ihre Angehörigen im jeweils anderen Staat haben. Im Verhältnis zur EU stützt sich der AIA auf das Zinsbesteuerungsabkommen vom 26.10.2004¹¹ in der durch Protokoll vom 27.5.2015 geänderten und am 1.1.2017 in Kraft getretenen Fassung. Die Schweiz sammelt diese Daten seit dem 1.1.2017; ausgetauscht werden sie erstmals im Jahr 2018. Damit können Personen aus AIA-Partnerstaaten, insbesondere

5 Siehe R. MATTEOTTI/S. MANY, Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei, Jusletter 23.2.2015; CH. SUTER/C. REMUND, Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?, ASA 2013–2014, 589 ff. Der Täter wird auch bestraft, wenn die Haupttat im Ausland begangen wurde und auch am Begehungsort strafbar ist (Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB).

6 C. LOMBARDINI, Banques et clients en situation fiscale irrégulière: un état des lieux, Not@lex 2015, 33, 39 f.; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, 141, 151 f.

7 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, SR 642.11.

8 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14.

9 Eine Liste mit den aktuellen Partnerstaaten findet sich unter <www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/automatischer-informationsaustausch.html> (31.8.2017).

10 Der AIA stützt sich in der Schweiz auf das Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG) vom 18.12.2015 (SR 653.1), welches am 1.1.2017 in Kraft getreten ist, i.V.m. dem jeweiligen AIA-Abkommen, welches mit dem betreffenden Partnerstaat abgeschlossen wurde.

11 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten, SR 0.641.926.81.

aus dem EU-Ausland, allfällige Schweizer Konten nicht mehr vor den nationalen Steuerbehörden verbergen. Im Verhältnis zu solchen Personen hat die hier interessierende Fragestellung mithin an Bedeutung verloren. Dass sie dennoch nicht bloss von rechtshistorischer Bedeutung ist, folgt bereits daraus, dass der AIA bei weitem nicht mit sämtlichen Staaten, deren Angehörige in der Schweiz ein Konto unterhalten, vereinbart worden ist.

Ab 15.6.2017 hat der Bundesrat eine Botschaft zur Einführung des AIA mit weiteren Ländern verabschiedet.¹² Dazu gehören China, Indonesien, Russland, Saudi-Arabien, Liechtenstein, Kolumbien, Malaysia, die Vereinigten Arabischen Emirate, Montserrat, Aruba, Curaçao, Belize, Costa Rica, Antigua und Barbuda, Grenada, Saint Kitts und Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent und die Grenadinen, die Cookinseln und die Marshallinseln. Ausserdem soll der AIA mit Singapur und Hong Kong eingeführt werden. Im Verhältnis zu all diesen Staaten soll der AIA am 1.1.2018 in Kraft treten; der Datenaustausch soll erstmals 2019 stattfinden. Stimmen die Räte in der Herbstsession 2017 der Vorlage und dem Zeitplan des Bundesrates zu, ist denkbar, dass Angehörige dieser Staaten bestrebt sein werden, allfällige Guthaben vor dem 1.1.2018 aus der Schweiz abzuziehen. Im Verhältnis zu solchen Kunden stellt sich die Frage nach dem Einfluss ausländischer Steuerstrafnormen auf die Leistungspflicht der Bank nach wie vor. Gleiches gilt erst recht im Verhältnis zu Staaten, mit denen (noch) kein AIA geplant ist.

Offen ist im heutigen Zeitpunkt auch das Schicksal des AIA im Verhältnis zum Vereinigten Königreich nach erfolgtem Brexit.

C. Der Bezug der Fragestellung zum Jubilar

Wie es sich für eine Festschrift gehört, ist die Wahl dieses Themas nicht etwa zufällig erfolgt, sondern hat sowohl fachlich als auch persönlich mit dem lieben Jubilar zu tun. Der fachliche Bezug ist leicht zu erkennen, hat TONI SCHNYDER durch seine Forschung doch ganz massgeblich zum schweizerischen Wirtschaftskollisionsrecht beigetragen. Der persönliche Bezug ist etwas weniger offenkundig. Er besteht darin, dass Toni mich seinerzeit in der Lizentiatsprüfung, damals noch in Basel, ausführlich über Art. 19 IPRG ausgefragt hat. Ich erinnere mich ganz besonders an seine Frage, ob japanische Bestimmungen über die Beschränkung der Hilfspersonenhaftung nach schweizerischem IPRG als Eingriffsnormen qualifiziert werden könnten. Bis heute frage ich mich, ob das Beispiel frei erfunden war oder ob die Hilfspersonenhaftung nach japanischem Recht tatsächlich Besonderheiten aufweist, denen nachzugehen es sich lohnen würde.

Ich hoffe, lieber Toni, dass Du meinen Beitrag als kleine Hommage annehmen wirst, verbunden mit meinem herzlichen Dank für die unvergesslichen und humorvollen IPR-Vorlesungen, die ich während Deiner «Basler Zeit» bei Dir besuchen durfte.

12 Botschaft über die Einführung des automatischen Informationsaustauschs über Finanzkonten mit 41 Partner-Staaten ab 2018/2019, BBl 2017, 4913 ff. (17.040).

II. Drittstaatliches Eingriffsrecht im Allgemeinen

A. Grundlagen

Eingriffsnormen sind Normen, die im internationalen Verhältnis zwingend angewendet werden wollen, und zwar unabhängig vom Recht, das gemäss IPRG auf den Sachverhalt anwendbar ist.¹³ Sie verfolgen regelmässig staats- oder wirtschaftspolitische, darüber hinaus aber auch sozialpolitische Ziele.¹⁴ Zu ihnen zählen etwa Wettbewerbs- und Kartellrechtsvorschriften, Export- und Importverbote sowie Normen des Geld- und Währungsrechts.

Nach der Bundesgerichtspraxis handelt es sich bei Eingriffsnormen um «des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique».¹⁵ Eine ähnliche Umschreibung findet sich in Art. 9 Ziff. 1 Rom I-Verordnung; danach sind Eingriffsnormen (*lois de police/overriding mandatory provisions*) «zwingende Vorschrift[en], deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des [...] anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden [sind], die in ihren Anwendungsbereich fallen.»

Das schweizerische IPRG unterscheidet zwischen Eingriffsnormen der *lex fori* (sog. *lois d'application immédiate*¹⁶) und drittstaatlichen Eingriffsnormen. Erstere sind nach Art. 18 IPRG stets anzuwenden, sofern sie *in concreto* überhaupt angewendet werden wollen.¹⁷ Letztere dagegen müssen nicht zwingend angewandt werden, dürfen jedoch im Rahmen von Art. 19 IPRG vom Gericht «berücksichtigt» werden, wenn die dort genannten Voraussetzungen (dazu unten S. 447 ff.) erfüllt sind.

Eingriffsnormen können darüber hinaus aber auch über materiellrechtliche Instrumente der *lex causae* berücksichtigt werden (dazu unten S. 451 f.).

Umstritten ist nach wie vor, ob Eingriffsnormen der *lex causae* ohne Weiteres von der kollisionsrechtlichen Verweisung erfasst sind oder ob sie – zumindest dann, wenn sie rein staatliche Interessen verfolgen – lediglich unter den engen Voraussetzungen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden können. Meines Erachtens sprechen gerade im Vertragsrecht die besseren Argumente für letztere Auffassung, die in der Schweiz namentlich von

13 Statt vieler ZK-IPRG/VISCHER, Art. 18 N 1 und Art. 19 N 1.

14 Vgl. etwa BSK-IPRG/MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 N 15.

15 Vgl. BGE 117 II 494, E. 7; 125 III 443, E. 3d; 128 III 201, E. 1b; 135 III 614, E. 4.2; 136 III 23, E. 6.6.1; 138 III 750, E. 2.5 (alle zu Art. 18 IPRG).

16 Zur Terminologie vgl. ZK-IPRG/VISCHER, Art. 18 N 41.

17 Dazu ZK-IPRG/VISCHER, Art. 18 N 6 ff.

FRANK VISCHER,¹⁸ im Grundsatz aber auch vom Jubilar in seinem grundlegenden Werk zum Wirtschaftskollisionsrecht¹⁹ vertreten wird. Auch im Rahmen der Rom I-Verordnung wird überwiegend vertreten, dass Eingriffsnormen der *lex causae* nicht *eo ipso* Beachtung finden.²⁰ Das Bundesgericht hat die Frage bisher offengelassen.²¹

B. Einordnung strafrechtlicher Bestimmungen

Lois d'application immédiate resp. Eingriffsnormen finden sich typischerweise im öffentlichen Recht. Dazu gehören auch Normen des Strafrechts.²² Der Verstoss gegen eine Bestimmung des schweizerischen Strafrechts kann nicht nur bei schweizerischem Vertragsstatut, sondern gestützt auf Art. 18 IPRG auch bei ausländischem Vertragsstatut schuldrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn der Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags einen Tatbestand des StGB erfüllt. Schuldrechtliche Konsequenz könnte sein, dass ein Vertrag, der nach dem anwendbaren ausländischen Vertragsstatut an sich gültig ist, aufgrund des Verstosses gegen die schweizerische Verbotsnorm nichtig ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts setzt die Nichtigkeit voraus, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt.²³

Strafrechtliche Normen, die internationale Sachverhalte erfassen wollen, kennt auch das ausländische Recht. Dazu gehören Bestimmungen wie Art. 1741 des Code général des impôts français (CGI),²⁴ der die Steuerhinterziehung unter Strafe stellt und seit Inkrafttreten der Reform vom 6.12.2013²⁵ ausdrücklich eine Strafverschärfung für den Fall vorsieht, dass die Hinterziehung mittels ausländischer Konten oder durch «Zwischenschaltung» von Personen (bspw. Treuhändern) im Ausland realisiert oder erleichtert

18 F. VISCHER, Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz, *RabelsZ* 1989, 438, 440 f. = C. Widmer Lüchinger/Th. Geiser/Th. Sutter-Somm (Hrsg.), *Recht im Wandel*, Zürich 2013, 124, 126.

19 A.K. SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zürich 1990, N 301; zu Art. 19 IPRG siehe allerdings a.a.O., N 304.

20 Vgl. Reithmann/Martiny/FREITAG, *Internationales Vertragsrecht*, 8. Aufl., Köln 2015, Rz. 5.23 f.; MünchKomm/MARTINY, Art. 9 Rom I-VO N 43 m.w.H.

21 BGE 130 III 620, E. 3.1.

22 ZK-IPRG/VISCHER, Art. 18 N 27; CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 18 IPRG N 11; ausführlich D. SCHRAMM, *Ausländische Eingriffsnormen im Deliktsrecht*, Bern 2005, 36 ff.

23 Siehe z.B. BGE 134 III 52, E. 1.1 (zum Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung nach Art. 164 StGB) m.w.H.

24 Abrufbar unter <www.legifrance.gouv.fr> (31.8.2017).

25 Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

worden ist,²⁶ aber auch Vorschriften zur Geldwäscherei.²⁷ Ob solche Normen im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden können, wird noch zu erörtern sein (unten S. 460 ff.).

C. Kollisionsrechtliche Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen (Art. 19 IPRG)

1. Voraussetzungen

Gemäss Art. 19 Abs. 1 IPRG kann anstelle des nach IPRG anwendbaren Rechts «die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.» Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich gemäss Abs. 2 «nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung.» Zur Frage, ob nur Normen von Drittstaaten oder auch solche, die zur *lex causae* gehören, unter Art. 19 IPRG fallen, siehe oben S. 445 f.

Gemeinhin werden aus Art. 19 IPRG drei Voraussetzungen abgeleitet, die erfüllt sein müssen, damit eine ausländische Norm berücksichtigt werden kann:²⁸ (1) Vorliegen einer ausländischen Norm, die im internationalen Verhältnis zwingend angewandt sein will; (2) Bestehen eines engen Zusammenhangs zwischen dem Sachverhalt und der betreffenden Norm; (3) Vorliegen schützenswerter und offensichtlich überwiegender Interessen an der Berücksichtigung der Eingriffsnorm, wobei die schweizerische Rechtsauffassung darüber entscheidet, ob die Interessen schützenswert sind oder nicht.

26 Art. 1741 CGI lautet wie folgt: «Sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans.

Les peines sont portées à 2 000 000 € et sept ans d'emprisonnement lorsque les faits ont été commis en bande organisée ou réalisés ou facilités au moyen: 1° Soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes *établis à l'étranger*; 2° Soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable *établis à l'étranger*; (...)» (Hervorhebungen durch die Verfasserin).

27 Vgl. S. MATTHEY, La conformité fiscale, nouveau paramètre de diligence?, in: Ch. Kaddous/S. Matthey (Hrsg.), Services financiers: Suisse et Union Européenne, Genève 2016, 193, 231 f. (mit Hinweisen zum italienischen Recht); LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33, 36.

28 Siehe etwa ComRom/BUCHER, Art. 19 LDIP N 17.

In die Interessenabwägung miteinzubeziehen ist auch der Zweck der Norm und die sich aus ihrer Berücksichtigung ergebenden Folgen für eine nach schweizerische Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung (vgl. Art. 19 Abs. 2 IPRG).²⁹ Die Berücksichtigung von Normzweck und Rechtsfolgen wird teils als eigenständige (vierte) Voraussetzung unter dem Titel der «Erforderlichkeit» abgehandelt;³⁰ im Ergebnis spielt dies jedoch keine Rolle.³¹

Bei der Interessenabwägung wird häufig das Mass der Interessensübereinstimmung zwischen dem ausländischen und dem schweizerischen Recht als Kriterium herangezogen.³² Je stärker die Interessen übereinstimmen, desto eher wird der schweizerische Richter bereit sein, die ausländische Norm zu berücksichtigen. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, dass die Zwangslage, in die eine Partei durch eine ausländische Norm versetzt werden kann, umso grösser sein kann, je stossender die Norm aus schweizerischer Sicht ist, desto weniger die Interessen also übereinstimmen.³³

Die Praxis ist bei der Anwendung von Art. 19 IPRG sehr zurückhaltend. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts soll die Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen die Ausnahme bleiben.³⁴

2. Parteiinteressen oder auch Interessen der Allgemeinheit?

Noch nicht geklärt ist, ob lediglich das Interesse einer Partei die Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen zu rechtfertigen vermag, oder ob auch rein staatsbezogene Interessen resp. Interessen der Allgemeinheit genügen.³⁵ Die Frage geht auf die Diskrepanz zwischen den deutschen und italienischen Gesetzesfassungen auf der einen und dem französischen Gesetzestext auf der anderen Seite zurück. Während Erstere die Berücksichtigung der Eingriffsnorm an die Voraussetzung knüpfen, dass nach schweizerischer Rechtsauffassung «schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen *einer Partei*» («*interessi degni di protezione e manifestamente preponderanti di una parte*») es gebieten,³⁶ lässt der französische Wortlaut genügen, dass «des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit» die Berücksichti-

29 Ebenso CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 19 IPRG N 11.

30 So etwa vom Bundesgericht in BGE 130 III 620, E. 3.2; anders dagegen BGE 138 III 489, E. 4.2, wo von den «drei Voraussetzungen» des Art. 19 IPRG die Rede ist.

31 Ebenso CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 19 IPRG N 11.

32 Vgl. BGE 136 III 398, E. 2.3.3.1. Aus der Lehre vgl. etwa ComRom/BUCHER, Art. 19 LDIP N 29.

33 VISCHER, RabelsZ 1989, 438, 452 = Recht im Wandel, 124, 136 f.

34 Vgl. z.B. BGE 138 III 489, E. 4.1; 136 III 392, E. 2.2; 130 III 620, E. 3.5.1; aus der kantonalen Praxis vgl. etwa HGer ZH, Ur. HG110 179 vom 13.5.2015, E. 2.3; Cour de Justice GE, Ur. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8.1.

35 Dazu ausführlich PH. MONNIER, Ausländisches Kartellrecht als Eingriffsnorm, Basel 2016, N 122 ff.

36 Hervorhebungen durch die Verfasserin.

gung verlangen. Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist unklar, welche Fassung die authentische ist.³⁷

Die Lehre ist sich uneins, ob Eingriffsnormen auch gegen die Parteiinteressen berücksichtigt werden dürfen.³⁸ Konsens besteht zumindest insoweit, als die Eingriffsnorm dem «ordre public international» zuzuordnen ist, d.h. Ziele verfolgt, «die von der Rechtsgemeinschaft der Staaten getragen werden und im Interesse der internationalen Ordnung durchzusetzen sind.»³⁹ Unklar ist allerdings, welche Normen hierzu zu rechnen sind. Genannt werden u.a. das Verbot von Korruptionszahlungen,⁴⁰ aber auch Vorschriften über Geldwäscherei und zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.⁴¹ Das Handelsgericht Zürich hat die Beschränkung auf blosser Parteiinteressen im Rahmen von Art. 19 IPRG abgelehnt; Interessen der Allgemeinheit könnten nicht nur *zusätzlich* zu bestehenden Parteiinteressen berücksichtigt werden, sondern unter Umständen auch *gegen* die Parteiinteressen.⁴² Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen.⁴³

Zu beachten ist, dass eine Partei durchaus ein eigenes Interesse an der Anwendung auch solcher ausländischen Normen haben kann, welche ausschliesslich staatliche Interessen verfolgen. Darauf wird im Zusammenhang mit fiskalisch motivierten Strafnormen zurückzukommen sein (unten S. 461 f.).

3. Berücksichtigung von Amtes wegen oder nur auf Parteiantrag?

3.1 Im Allgemeinen

Mit der Bedeutung ausschliesslich staatsbezogener Interessen eng verknüpft ist die Frage, ob das Gericht Eingriffsnormen nur auf Parteiantrag hin berücksichtigen darf oder ob es sie unter Umständen sogar *ex officio* berücksichtigen muss.⁴⁴ In der Lehre werden dazu unterschiedliche Meinungen vertreten.⁴⁵ Soweit man die Berücksichtigung von drittstaatlichem Eingriffsrecht auch gegen die Parteiinteressen zulässt, so erscheint es nur folgerichtig, die entsprechenden Normen auch von Amtes wegen anzuwenden. Die Frage

37 Vgl. MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 124 ff.; ComRom/BUCHER, Art. 19 LDIP N 23; BSK-IPRG/MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 N 19; ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 24 f.

38 Dafür etwa I. SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1990, N 551; DUTOIT, Art. 19 LDIP N 1; CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 19 IPRG N 10; dagegen SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 255; ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 24 f.

39 F. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 922; ferner ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 26.

40 VISCHER/HUBER/OSER, Internationales Vertragsrecht, N 924.

41 ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 26.

42 HGer ZH, Urt. vom 21.6.2004, ZR 2005, Nr. 27, E. 3.6.1.

43 BGE 130 III 620, E. 3.4.1; siehe auch BGE 136 III 392, E. 2.3.3.1.

44 Dazu ausführlich MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 195 ff.

45 Überblick über Lehre und Rechtsprechung bei MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 196 ff.

wird denn auch typischerweise im Zusammenhang mit Eingriffsnormen, die einzig die Interessen der Allgemeinheit schützen, thematisiert.⁴⁶

Unklar ist, ob drittstaatliche Eingriffsnormen auch darüber hinaus von Amtes wegen anzuwenden sind.⁴⁷ Das Bundesgericht hat dazu bisher nicht ausdrücklich Stellung bezogen; die Ausführungen in verschiedenen Entscheiden lassen jedoch vermuten, dass es einer amtswegigen Berücksichtigung eher skeptisch gegenübersteht.⁴⁸ Für die Anwendung *ex officio* scheint sich dagegen das Obergericht Zürich auszusprechen, auch wenn die Frage letztlich offen gelassen wurde.⁴⁹

Einen differenzierenden Ansatz verfolgt MONNIER,⁵⁰ der die amtswegige Ermittlung gestützt auf Art. 16 Abs. 1 IPRG und den Grundsatz *iura novit curia* bejaht, dies allerdings nur in den Grenzen der Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit. Zur Beurteilung schlägt er vor, Kriterien wie die Betroffenheit von öffentlichen Interessen, Dringlichkeit und Natur des Verfahrens, Zeitaufwand für die Fremdrechtsmittlung sowie die inhaltliche und räumliche Entfernung heranzuziehen.⁵¹

3.2 Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO)

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Die Rechtslage ist unter anderem dann *nicht* klar, wenn die beklagte Partei begründete Einwände oder Einreden erhebt, über die das Gericht nicht unverzüglich entscheiden kann.⁵² Stützt die Beklagte solche Einwände und Einreden auf drittstaatliche Eingriffsnormen ab, muss sie mit anderen Worten begründen, welche Bestimmungen des ausländischen Rechts angewendet werden sollten und inwiefern sie dem Anspruch des Klägers entgegenstehen. So vermochte in den erwähnten Tessiner Entscheiden die blosser Behauptung der Bank, die Barauszahlung an ihre italienischen Bankkunden würde das

46 Vgl. SCHWANDER, IPR AT, N 551; S. MILLAUER, Sonderanknüpfung zwingender Normen im Bereich von Schuldverträgen (Art. 19 IPRG und Art. 7 Abs. 1 EVÜ), St. Gallen, 146 f. Vgl. auch ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 26, der allerdings dafür eintritt, dass nur Normen, die zum «ordre public international» gehören, gegen die Interessen der Parteien *ex officio* anzuwenden seien.

47 Dafür etwa SCHWANDER, SZIER 2006, 344, 345. Weitere Hinweise bei MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 196 ff.

48 Analyse der Bundesgerichtspraxis bei MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 209 ff. Siehe auch SCHWANDER, SZIER 2006, 344, 345, zu BGE 131 III 418 ff. (*Union de l'Inde c. Crédit Agricole Indosuez [Suisse] SA*). Von der Pflicht zur amtswegigen Ermittlung scheint das Bundesgericht aber – zumindest implizit – in BGer, Urt. 4C.32/2001 vom 7.5.2001, E. 4 auszugehen.

49 OGer ZH, Urt. PS130041 vom 16.9.2013, 11 f., E. 2.6. Dagegen entschied das OGer ZG, dass die Parteien hinsichtlich anwendungswilliger zwingender ausländischer Normen die Behauptungslast treffe: OGer ZG, Urt. OG 2010 8 vom 8.11.2011, E. 3.4.3.

50 MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 227 ff., 235, 236 ff.

51 MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 237.

52 BGer, Urt. 4A_168/2005 vom 28.10.2015, E. 3 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586, 589; Urt. 4A_170/2015 vom 28.10.2015, E. 4 = Pra 105 (2016), Nr. 62, 592, 596.

Risiko straf- und steuerrechtlicher Sanktionen nach italienischem Recht bergen, der Anwendung von Art. 257 ZPO nicht entgegenzustehen (siehe unten S. 455 f.).

4. Rechtsfolgen

Sind die Voraussetzungen von Art. 19 IPRG erfüllt, so kann das Gericht die ausländische Eingriffsnorm «berücksichtigen». Die Rechtsfolge ist bewusst offen gehalten. Zu berücksichtigen ist die Norm von vornherein nur insoweit, als es um allfällige zivilrechtliche Auswirkungen auf die Stellung der Parteien geht.⁵³ Bei der Frage, wie die Eingriffsnorm im Einzelfall zu berücksichtigen ist, steht dem Gericht ein Ermessensspielraum zu. Die Rechtsfolge kann der Eingriffsnorm selber oder der *lex causae* entnommen werden. Ähnlich wie bei der *clausula rebus sic stantibus* kann das Gericht gestützt auf Art. 19 IPRG aber auch den Vertrag anpassen.⁵⁴ Leitlinie bei der Ausübung des richterlichen Ermessens ist das in Abs. 2 festgehaltene Ziel einer nach schweizerischen Rechtsauffassung sachgerechten Entscheidung. Denkbar ist bspw. die Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit eines Vertrags, die Stundung einer Leistungspflicht, das Einräumen eines Leistungsverweigerungsrechts, die Vertragsbeendigung, aber auch die Vertragsanpassung.⁵⁵ Kennt das schweizerische Recht Bestimmungen, die mit der ausländischen Eingriffsnorm vergleichbar sind, kann es sich an den entsprechenden zivilrechtlichen Folgen bei einem Verstoß gegen das inländische Recht orientieren.⁵⁶

Die *mittelbaren* zivilrechtlichen Folgen (bspw. die Folgen der Nichtigkeit oder Auflösung des Vertrags) werden der *lex causae* entnommen.⁵⁷

D. Materiellrechtliche Berücksichtigung drittstaatlicher Eingriffsnormen (Schuldstatuttheorie)

Ausländisches Eingriffsrecht kann nicht nur über den kollisionsrechtlichen Mechanismus des Art. 19 IPRG berücksichtigt werden, sondern auch in die allgemeinen materiellrechtlichen Behelfe des Vertragsstatuts einfließen. Nach der sogenannten Schuldstatuttheorie sind drittstaatliche Eingriffsnormen *extra legem causae* grundsätzlich nur im Rahmen der Generalklauseln des anwendbaren Rechts zu berücksichtigen; einer kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung bedarf es hierfür nicht.⁵⁸ Welcher Rechtsbehelf im Einzelnen als materiellrechtliches «Einfallstor» dienen mag, hängt von der *lex causae* ab. Bei schweizerischem Vertragsstatut kann drittstaatlichen Eingriffsnormen über die Begriffe der Sittenwidrigkeit (Art. 19 Abs. 2, Art. 20 OR) oder Unmöglichkeit (Art. 20,

53 ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 38.

54 ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 41.

55 Vgl. ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 39, 41; BSK-IPRG/MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 N 32 f.; SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 351.

56 Vgl. zum Kartellrecht MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 172 ff., 174.

57 Statt vieler SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 351.

58 Siehe ausführlich SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 305 ff.; F. VISCHER, General Course on Private International Law, Recueil des Cours, Vol. 232 (1992-I), 165 ff.

119 OR) resp. Unzumutbarkeit Rechnung getragen werden.⁵⁹ Je nach Fallkonstellation ist auch der Rückgriff auf die *clausula rebus sic stantibus* denkbar, insbesondere dann, wenn das ausländische Eingriffsrecht erst nachträglich in Kraft getreten ist.⁶⁰ Dagegen kann der Verstoss gegen ausländisches Recht keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 20 OR begründen.⁶¹

Vor Inkrafttreten des IPRG folgte das Bundesgericht der Schuldstatuttheorie.⁶² Auch heute noch gibt es aber immer wieder Entscheide, in denen der Einfluss ausländischen Eingriffsrechts einzig im Rahmen der materiellrechtlichen Behelfe des schweizerischen Rechts erörtert wird, ohne dass das Verhältnis zu Art. 19 IPRG geklärt oder die kollisionsrechtliche Methode auch nur erwähnt würde.⁶³ In anderen Entscheiden wird der Einfluss des drittstaatlichen Rechts sowohl nach Massgabe des Art. 19 IPRG als auch im Rahmen der Rechtsbehelfe der *lex causae* geprüft, wobei die beiden Methoden gleichrangig nebeneinander zu stehen scheinen.⁶⁴ In der schweizerischen Rechtspraxis hat Art. 19 IPRG den materiellrechtlichen Ansatz jedenfalls nicht verdrängt.⁶⁵

Wie der Jubilar aufgezeigt hat, besteht die Schwäche der Schuldstatuttheorie unter anderem darin, dass sie zu kollisionsrechtlich relevanten Ergebnissen führt, «ohne dass dies als solches benannt und reflektiert würde.»⁶⁶ Dies ist nicht zuletzt deshalb problematisch, weil die Gerichte die Schuldstatuttheorie vor allem dann heranziehen, wenn das Schuldverhältnis der *lex fori* untersteht.⁶⁷ Je nachdem wird die Entscheidungsfindung also auf unterschiedliche Ansätze gestützt, was die Herausbildung einer einheitlichen Praxis erschwert. Das Heranziehen unbestimmter Rechtsbegriffe wie «Sittenwidrigkeit» oder «Unzumutbarkeit» birgt zudem die Gefahr, dass die Wertungen, die im Einzelnen zur Beachtung oder Nichtbeachtung des ausländischen Rechts führen, nicht offengelegt werden. Dage-

59 SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 308 ff.; ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 12; CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 19 IPRG N 15.

60 Dazu ausführlich EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 79 ff.; vgl. auch ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, 141, 166 ff. sowie allg. F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3. Aufl., Bern 2005, N 392. Aus der Rechtsprechung vgl. die in Fn. 3 erwähnten Entscheide der Genfer Cour de Justice.

61 BGer, Urt. 4C.172/2000 vom 28.3.2001, E. 5a (*Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*); BGer, Urt. 4A_753/2011 vom 16.7.2012, E. 6.4 (nicht publ. in BGE 138 III 601 ff.).

62 Nachweise bei ZK-IPRG/VISCHER, Art. 19 N 11.

63 Siehe etwa BGer, Urt. 4C.172/2000 vom 28.3.2001, E. 5 (*Beverly Overseas SA v. Privredna Banka Zagreb*); BGer, 16.7.2012, 4A_753/2011, E. 6.5 (nicht publ. in BGE 138 III 601 ff.).

64 Vgl. BGE 131 III 418, E. 3.2.1 und 3.2.2 (*Union de l'Inde c. Crédit Agricole Indosuez [Suisse] SA*); aus der kantonalen Praxis vgl. die in Fn. 3 erwähnten Entscheide der Genfer Cour de Justice.

65 Vgl. auch CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 19 IPRG N 15; K. SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 611; ComRom/BUCHER, Art. 19 LDIP N 13 *in fine*.

66 SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 315. Über Vor- und Nachteile ist schon viel geschrieben worden; siehe ausführlich VISCHER, General Course, 165 ff.; SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, N 314 ff.

67 BSK-IPRG/MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 N 6.

gen gibt Art. 19 IPRG ausdrücklich vor, nach welchen Kriterien sich die Entscheidung zu richten hat.

III. Ausländisches Steuerstrafrecht im Besonderen

A. Das Problem

Wie eingangs erwähnt, hatten Schweizer Gerichte verschiedentlich Fälle zu beurteilen, in denen eine Bank die Barauszahlung an einen ausländischen Kunden (oder die Überweisung an eine vom Kunden bestimmte Bank) verweigerte, weil der Kunde keine Steuerkonformitätsbescheinigung unterzeichnet hatte. Damit wollten die Banken das Risiko vermeiden, sich nach der Steuer- und Geldwäschereigesetzgebung des Staates, in dem der Kunde steuerpflichtig war, strafbar zu machen. Je nach Ausgestaltung des ausländischen Rechts könnte die Befolgung der Weisungen des Kunden als Beihilfe zu einem Steuerdelikt oder als Geldwäscherei qualifiziert werden. Der Verstoss gegen ausländisches Steuerrecht könnte zudem im Inland aufsichtsrechtliche Folgen zeitigen.⁶⁸

Die Bankverträge unterstanden jeweils dem schweizerischen Recht.⁶⁹ Dass die Bank an sich verpflichtet war, der Weisung des Kunden zu folgen und das Geld zurückzuerstatten, war nicht streitig.⁷⁰ Je nach Ausgestaltung des Bankvertragsverhältnisses folgt dies aus dem Auftragsrecht (Art. 397 Abs. 1 OR), dem Hinterlegungsrecht (Art. 475 Abs. 1, Art. 481 Abs. 1 OR) oder dem Darlehensrecht (Art. 312 OR).⁷¹ Die Banken machten jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht geltend, das sie sowohl materiell- als auch kollisionsrechtlich zu untermauern versuchten. Die streitigen Sachverhalte sowie die Argumentation der Banken ähneln sich im Einzelnen stark.

Materiellrechtlich führten die Banken insbesondere folgende Argumente an:

- Ihre AGBs würden sie berechtigen, die Ausführung von Bankgeschäften zu verweigern, einzuschränken oder Bedingungen zu unterwerfen, ohne dies gegenüber dem Kunden begründen zu müssen.⁷² Die Barauszahlung oder Überweisung an eine Bank,

68 Zu den rechtlichen Risiken für die Banken siehe LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33, 37 ff.; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, 141, 147 ff.

69 Dies folgt aus entsprechenden Rechtswahlklauseln in den Banken-AGBs, würde sich aber auch aus Art. 117 Abs. 2 lit. c IPRG ergeben.

70 Vgl. auch BGer, Urte. 4A_168/2005 vom 28.10.2015, E. 3 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586, 589; 4A_170/2015 vom 28.10.2015, E. 4 = Pra 105 (2016), Nr. 62, 592, 596.

71 Siehe EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 43 m.H. auf Lehre und die Bundesgerichtspraxis; aus der kantonalen Rechtsprechung siehe die in Fn. 3 erwähnten Entscheide der Genfer Cour de Justice, bspw. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 4 m.w.H.

72 Vgl. z.B. Cour de Justice GE, Urte. ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, E. 4; ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 5.

die sich nicht für die Steuersituation des Kunden interessiere (bspw. an eine Bank in Dubai⁷³ oder den Bahamas⁷⁴), stellten ein solches Bankgeschäft dar.⁷⁵

- Teils berechtigten die AGBs die Bank sogar ausdrücklich, die Barauszahlung oder Überweisung einzuschränken oder zu verweigern, wenn die Bank nach freiem Ermessen zum Schluss komme, dass damit das Risiko einer unerlaubten Handlung nach schweizerischem oder ausländischem Recht verbunden sei.⁷⁶
- Die Befolgung der Instruktionen des Kunden sei rechtlich unmöglich (Art. 119 OR), da die Bank dadurch gegen das Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 3f BankG⁷⁷) verstossen würde.⁷⁸ Dabei beriefen sich die Banken regelmässig auf bankinterne Richtlinien zum Risikomanagement im grenzüberschreitenden Geschäft, die sie gestützt auf Art. 3f BankG i.V.m. Art. 12 Abs. 2 BankV⁷⁹ erlassen hatten. Die Richtlinien waren teils mündlich, teils schriftlich, und wurden laufend angepasst.⁸⁰
- Die rechtliche Unmöglichkeit folge zudem aus Änderungen in der ausländischen steuerrechtlichen Gesetzgebung resp. aus der Verschärfung der Praxis ausländischer Behörden bei der Durchsetzung solcher Gesetze.⁸¹
- Die Weisung des Kunden, das Guthaben bar an ihn auszubezahlen (resp. an eine Bank in einem Drittstaat zu überweisen, der sich nicht für die Steuersituation des Kunden interessierte), sei widerrechtlich oder zumindest sittenwidrig und binde die Bank deshalb nicht.⁸²
- Nach Begründung der Kundenbeziehung sei es zu Änderungen in der ausländischen Steuer- und Strafgesetzgebung resp. zu einer Verschärfung der Praxis ausländischer Behörden gekommen. Diese seien weder vorhersehbar noch vermeidbar gewesen

73 Vgl. den Sachverhalt in Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1585/2016 vom 2.12.2016, *sub* B.e.

74 Vgl. Urt. des Bezirksgerichts Lugano (Pretore di distretto di Lugano) vom 14.1.2015.

75 Vgl. Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 5.

76 Siehe die Sachverhaltsdarstellung in Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1690/2016 vom 12.12.2016, *sub* B.f.

77 SR 952.

78 Vgl. z.B. Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 6; ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, E. 5.

79 SR 952.02.

80 Vgl. z.B. den Sachverhalt in Cour de Justice GE, ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, *sub* C.d und e.

81 So bspw. die Argumentation der Banken in Bezug auf die französische Gesetzgebung in Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 6.1.4 und 6.2; ACJC/1585/2016 vom 2.12.2016, E. 5.1.4 und 5.2.

82 Vgl. z.B. Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 7.1; ACJC/1690/2016 vom 12.12.2016, E. 6; ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, E. 6.

und hätten zu einer gravierenden Äquivalenzstörung geführt. Damit liege ein Fall der *clausula rebus sic stantibus* vor, die zur Anpassung des Vertrags führen müsse.⁸³

- Das Interesse des Kunden, die Besteuerung im Wohnsitzstaat zu vermeiden, sei nicht schutzwürdig. Die Weisung des Kunden an die Bank sei deshalb rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB).⁸⁴

Kollisionsrechtlich beriefen sich die Banken darauf, dass ausländische Bestimmungen zur Ahndung von Steuerdelikten und Geldwäscherei (wie bspw. Art. 1741 des Code général des impôts français; siehe oben S. 446 f.), als Eingriffsnormen zu qualifizieren und im Rahmen von Art. 19 IPRG zu einer Anpassung des Vertrags führen müssten.⁸⁵

B. Beurteilung in der Rechtsprechung

1. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO)

Bei einer Weigerung der Bank in der geschilderten Konstellation, den Weisungen ihrer Kunden nachzukommen, haben diese verschiedentlich versucht, ihre Forderungen im summarischen Verfahren nach Art. 257 ZPO durchzusetzen, teils mit Erfolg, teils ohne.

Wie eingangs erwähnt, wurden zwei Tessiner Fälle, in denen jeweils ein italienischer Kunde mit Wohnsitz in Italien obsiegt hatte, von den Banken ans Bundesgericht weitergezogen.⁸⁶ In beiden Fällen hatten die Banken mit Schreiben, die banklagernd den Kunden zugestellt wurden, aufgefordert, bis zum 31.10.2013 eine Steuerkonformitätsbescheinigung zu unterzeichnen. Damit sollten sie bestätigen, dass ihre Vermögenswerte bei der Schweizer Bank in ihrem Wohnsitzstaat deklariert worden waren. Nachdem die Bestätigung nicht unterzeichnet worden war, saldierte die Bank das Konto, weigerte sich jedoch in der Folge, dem Kunden das Geld bar auszuzahlen. Sie erklärte sich jedoch bereit, das Guthaben (im einen Fall über EUR 557 715, im anderen Fall über EUR 75 494) an eine Bank in Italien zu überweisen. In der Folge klagten die Kunden vor dem Bezirksgericht Lugano (Pretore di distretto di Lugano) im summarischen Verfahren nach Art. 257 ZPO gegen die Bank und verlangten die Barauszahlung der Guthaben in der Filiale in Lugano.

Im ersten Fall gewährte das erstinstanzliche Gericht den Rechtsschutz in klaren Fällen nicht, da sich die Weigerung der Bank im konkreten Fall mit dem Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 3f BankG) begründen lasse. Der Entscheid wurde jedoch durch das Appellationsgericht aufgehoben und der Rechtsschutz

83 Vgl. z.B. Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 9; ACJC/1690/2016 vom 12.12.2016, E. 8.

84 Vgl. z.B. Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 10; ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, E. 9.

85 Vgl. z.B. Cour de Justice GE, Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8; ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, E. 7.

86 BGer, Urt. 4A_168/2005 vom 28.10.2015 (= Pra 105 [2016], Nr. 61, 586 ff.) sowie Urt. 4A_170/2015 vom 28.10.2015 (= Pra 105 [2016], Nr. 62, 592 ff.).

in klaren Fällen gewährt. Die Bank habe geltend gemacht, die Barauszahlung würde gegen ihre internen Richtlinien zum Risikomanagement im grenzüberschreitenden Geschäft verstossen (siehe oben S. 454), es jedoch versäumt, diese bei Gericht einzureichen. Der blosser Verweis auf interne Richtlinien genüge nicht. Die Einwände der beklagten Bank seien lediglich allgemeiner Natur, die mangels Begründung dem Anspruch des Klägers im Rahmen von Art. 257 ZPO nicht entgegenstehen würden.⁸⁷ Was das Risiko der Strafbarkeit nach italienischem Steuerrecht betreffe, so habe die Bank lediglich entsprechende Befürchtungen ausgesprochen, ohne diese näher auszuführen.⁸⁸

Im anderen Fall war dem Kunden bereits erstinstanzlich Erfolg beschieden. Der Entscheid wurde durch das Tessiner Appellationsgericht bestätigt.⁸⁹ Auch hier hatte die Bank es versäumt, ihre internen Richtlinien zum Risikomanagement einzureichen. Sie hatte eingewendet, dass die Auszahlung an den Kunden sitten- und rechtswidrig wäre, diesen Einwand jedoch nicht begründet. Die Bank hatte auch nicht begründet, weshalb die Auszahlung nach italienischem Recht als Beihilfe zu einem Steuerdelikt qualifiziert würde und weshalb die ausländischen Normen im konkreten Fall anwendbar seien.⁹⁰ Das Appellationsgericht war deshalb über weite Strecken gar nicht auf die Berufung der Bank eingetreten. Die Bank hatte zudem geltend gemacht, die neuen Gesetzesbestimmungen zur Geldwäscherei in Art. 305^{bis} und Art. 305^{ter} StGB stünden der Barauszahlung entgegen, obwohl diese im damaligen Zeitpunkt noch gar nicht in Kraft getreten waren (!).⁹¹

Das Bundesgericht wies beide Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat. Es sei im Grundsatz unbestritten, dass der Kunde von der Bank die Barauszahlung seines Guthabens verlangen könne, auch ohne eine Steuerkonformitätsbescheinigung unterzeichnet zu haben. Im Verfahren nach Art. 257 ZPO habe deshalb die beklagte Bank die Einwände vorzubringen, die dieses Recht zunichte machten oder nicht unverzüglich widerlegt werden könnten, sodass der Kläger ins ordentliche Verfahren zu verweisen sei. Die Vorinstanz habe kein Bundesrecht verletzt, als sie aufgrund der mangelhaften Begründung der Banken entschied, die Gutheissung der Klagen im Summarverfahren sei rechters gewesen.⁹²

Aufgrund der besonderen Konstellation hatte das Bundesgericht in beiden Fällen keine Gelegenheit, sich mit den materiellrechtlichen Einwänden der Banken auseinanderzusetzen. Es hob jedoch hervor, es sei nicht auszuschliessen, dass eine Bank in vergleichba-

87 Siehe die Sachverhaltsdarstellung in BGer, Urte. 4A_170/2015 vom 28.10.2015 = Pra 105 (2016), Nr. 62, 592 f.

88 BGer, Urte. 4A_170/2015, E. 8.1 = Pra 105 (2016), Nr. 62, 592, 598.

89 Siehe die Sachverhaltsdarstellung in BGer, Urte. 4A_168/2005 vom 28.10.2015 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586 f.

90 BGer, Urte. 4A_168/2005, E. 7.2 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586, 591.

91 BGer, Urte. 4A_168/2005, E. 6 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586, 590 f.

92 BGer, Urte. 4A_170/2015, E. 9 = Pra 105 (2016), Nr. 62, 592, 599; 4A_168/2005, E. 8 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586, 592.

ren Fällen Einwände erheben könnte, die ein Summarverfahren nach Art. 257 ZPO ausschliessen würden.⁹³

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang ein Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 8.11.2012, der die Klage einer panamaischen Gesellschaft gegen eine Schweizer Bank auf Herausgabe von Goldmünzen im Verfahren nach Art. 257 ZPO betraf.⁹⁴ Der Herausgabeanspruch stützte sich auf Art. 475 Abs. 1 OR. Wirtschaftlich berechtigt war offenbar eine in den USA steuerpflichtige Person. Die Bank verweigerte die Herausgabe mit der Begründung, dass ihr straf-, steuer- und aufsichtsrechtliche Folgen drohten, solange die Klägerin nicht die Dokumente vorlege, die aufzeigten, dass sie ihren US-Steuerpflichten nachgekommen sei.⁹⁵ Dazu habe sich die Klägerin vertraglich verpflichtet, was diese allerdings bestritt. Durch die physische Herausgabe der Münzen würde die Bank gegen das Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit verstossen, was im schlimmsten Fall zum Entzug der Bankenlizenz durch die FINMA führen könne. Weiter schliesse die amerikanische Rechtslage die physische Herausgabe der Münzen aus. Die Bank werde in Zukunft aufgrund des FATCA mit der amerikanischen Steuerbehörde eine sogenannte FFI-Vereinbarung schliessen müssen und in diesem Zusammenhang erklären, dass sie keine Kunden bei der Nichtdeklaration von Vermögenswerten unterstützt habe. Bei Herausgabe der Münzen könnte sie diese Erklärung nicht abgeben.⁹⁶

Das Handelsgericht kam zum Schluss, es seien zu viele rechtliche Komponenten unklar und womöglich entscheidrelevante Sachverhaltselemente umstritten, als dass von einer klaren Rechts- und Sachlage gesprochen werden könne. Insbesondere sei umstritten, ob der Rückforderungsanspruch nach Art. 475 Abs. 1 OR wegbedungen werden könne⁹⁷ und, falls ja, ob dies auch im internationalen Verhältnis gelte.⁹⁸ Unklar sei weiter, inwiefern der FATCA resp. eine sich darauf abstützende FFI-Vereinbarung nach Art. 19 IPRG zu berücksichtigen sei; die Frage bedürfe einer vertieften Auseinandersetzung, für die im Summarverfahren kein Raum bestehe.⁹⁹ Auf die Klage wurde deshalb nicht eingetreten, und die Klägerin wurde auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen.

2. Die Entscheide der Genfer Cour de Justice

Ende 2016 hatte die Genfer Cour de Justice Gelegenheit, sich in verschiedenen Entscheidungen materiell mit den Argumenten der Banken auseinanderzusetzen.¹⁰⁰ Die zu beurteilenden Sachverhalte waren ähnlich, die Einwände der Bank und die Erwägungen des Gerichts über weite Strecken identisch.

93 BGer, Urt. 4A_168/2005, E. 8 = Pra 105 (2016), Nr. 61, 586, 592; Urt. 4A_170/2015, E. 9 = Pra 105 (2016), Nr. 62, 592, 599.

94 HGer ZH, Urt. HE120253 vom 8.11.2012.

95 A.a.O., E. 2.4.

96 A.a.O., E. 2.4.

97 A.a.O., E. 5.2 f.

98 A.a.O., E. 5.4.

99 A.a.O., E. 5.4.

100 Siehe die Hinweise in Fn. 3.

Kläger (oder wirtschaftlich Berechtigte) waren in der Regel französische Staatsangehörige,¹⁰¹ die in Frankreich Wohnsitz hatten (oder während der Dauer der Bankbeziehung gehabt hatten¹⁰²). Die Banken forderten die Kunden in den Jahren 2013 oder 2014 auf, eine Steuerkonformitätsbescheinigung zu unterzeichnen, was diese aber nicht taten. Stattdessen verlangten die Kunden entweder die Barauszahlung ihres Guthabens oder aber die Überweisung des Guthabens an eine Bank mit Sitz ausserhalb von Frankreich. Teils hatten die Banken, an die die Guthaben überwiesen werden sollten, Sitz in der Europäischen Union¹⁰³ oder in der Schweiz.¹⁰⁴ Teils wussten die Banken, dass die Kundengelder nicht versteuert waren,¹⁰⁵ teils handelte es sich lediglich um eine Vermutung. Die Klagen auf Herausgabe der Kundenguthaben waren von der Vorinstanz jeweils gutgeheissen worden. Die dagegen erhobenen Berufungen wurden abgewiesen.

In Bezug auf die hier interessierende kollisionsrechtliche Frage entschied die Cour de Justice, dass Art. 1741 des Code général des impôts français (CGI) (siehe oben S. 446 f.) sowie Art. 324-I des französischen Code pénal (CP), der die Geldwäscherei unter Strafe stellt, nicht im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden könnten. Art. 19 IPRG habe «un aspect moral» und sei nur mit grosser Zurückhaltung anzuwenden.¹⁰⁶

Es stehe nicht fest, dass Art. 1741 CGI und Art. 324-I CP «des règles fondamentales de l'ordre juridique français» seien.¹⁰⁷ Im Übrigen würden die Verhaltensweisen, die nach französischem Recht zur Strafbarkeit der Bank resp. ihrer Angestellten führen könnten, in der Schweiz nicht zwingend als «immoraux» qualifiziert. Dies zeigten insbesondere verschiedene gescheiterte Gesetzgebungsprojekte der letzten Jahre. So habe der Bundesrat im Februar 2013 vorgeschlagen, im Geldwäschereigesetz (GwG) erweiterte Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre zu verankern, um die Entgegennahme unversteuerter Vermögenswerte zu verhindern. Aufgrund des Widerstandes in der Vernehmlassung sei dieser Vorschlag jedoch zurückgezogen worden. Dasselbe Schicksal sei der im Vernehmlassungsentwurf des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) vorgesehenen Pflicht von Finanzinstituten erteilt, neue Geschäftsbeziehungen abzulehnen und bestehende Geschäftsbeziehungen aufzulösen, wenn anzunehmen sei, dass die betreffenden Vermögenswerte unversteuert seien oder nicht versteuert würden. Schliesslich sei auch ein weiterer Versuch gescheitert, spezifische Pflichten zur Überprüfung der Steuerkonformität im GwG zu verankern.¹⁰⁸ Das Scheitern dieser Vorschläge und der grosse Widerstand, der ihnen

101 Um einen niederländischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Frankreich ging es dagegen im Urt. ACJC/1585/2016 vom 2.12.2016.

102 Vgl. ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016.

103 Vgl. die Sachverhaltsdarstellung in ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, *sub* C.a.

104 So in ACJC/1691/2016 vom 12.12.2016.

105 Vgl. die Sachverhaltsdarstellung in ACJC/1508/2016 vom 17.11.2016, *sub* C.c und d.

106 ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8.1 (identische Ausführungen finden sich in den anderen Urteilen der Cour de Justice).

107 ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8.2.

108 Vgl. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8.1; zu diesen Projekten vgl. MATTHEY, *conformité fiscale*, 193, 206 f.

erwachsen sei, zeigten, dass nach schweizerischer Auffassung kein schützenswertes und offensichtlich überwiegendes Interesse an der Berücksichtigung der französischen Strafbestimmungen bestehe.¹⁰⁹

C. Beurteilung in der Lehre

Im Unterschied zur Frage nach der materiellrechtlichen Tragweite¹¹⁰ ist die kollisionsrechtliche Auswirkung fiskalisch motivierter Strafnormen noch nicht vertieft diskutiert worden.¹¹¹ Vereinzelt Stellungnahmen finden sich gleichwohl, auch wenn die Genfer Entscheide noch nicht aufgegriffen worden sind. Teils wird die Beachtlichkeit drittstaatlicher Steuerstrafnormen kategorisch abgelehnt, da sie nicht die Interessen einer Partei, sondern ausschliesslich die Interessen des Fiskalstaates schützten. Ausserdem hätten Schweizer Banken während Jahrzehnten ausländische Steuernormen bewusst missachtet und nicht nur ungesteuerte Guthaben akzeptiert, sondern sich aktiv um solche bemüht und davon profitiert. Dass sie nunmehr auf das Risiko der Strafverfolgung im Ausland verwiesen, um die Auszahlung der Guthaben an ihre Kunden zu verweigern, sei rechtsmissbräuchlich.¹¹²

Andere gehen davon aus, dass steuerrechtliche Normen durchaus im Rahmen von Art. 19 IPRG beachtet werden können.¹¹³ Dabei wird das Interesse der Banken, sich nicht nach ausländischem Geldwäscherei- und Steuerrecht strafbar zu machen, ohne Weiteres als schutzwürdig erachtet.¹¹⁴ Teils wird auch das öffentliche Interesse des ausländischen Staates an der Durchsetzung seiner Fiskalpolitik als schützenswert qualifiziert.¹¹⁵ Der von den ausländischen Normen verfolgte Zweck, Steuerdelikte zu bekämpfen, stehe im

109 ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8.2.

110 Siehe die Hinweise oben in Fn. 4, ferner LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33 ff.

111 Frage aufgeworfen, aber offengelassen von DUTOIT, Art. 19 LDIP N 4.

112 So von M. BÉGUIN, der allerdings in einem der Verfahren vor der Genfer Cour de Justice (ACJC/1585/2016) Rechtsvertreter des Bankkunden war: *Avoirs bancaires non déclarés: réponse à Carlo Lombardini*, Le Temps, 11.3.2015, abrufbar unter <www.letemps.ch/economie/2015/03/11/avoids-bancaires-non-declares-reponse-carlo-lombardini> (31.8.2017); ähnlich G. MOLO, *Legittimità delle restrizioni bancarie nell'esecuzione delle istruzioni dei clienti*, *Novità fiscali (NF)* 2015, 32, 36.

113 So LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33, 46 ff.; DERS., *Comment les banques peuvent-elles résister aux demandes de transfert des clients défiscalisés?*, Le Temps, 1.3.2015, abrufbar unter <www.letemps.ch/economie/2015/03/01/banques-peuvent-resister-aux-demandes-transfert-clients-defiscalises> (31.8.2017); ROMERIO/IVELL, *Barauszahlungen*, 141, 169 ff.; EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 69 ff.

114 Vgl. ROMERIO/IVELL, *Barauszahlungen*, 141, 172; LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33, 49; etwas zurückhaltender EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 70, die allerdings «in der Tendenz ein schützenswertes und offensichtlich überwiegendes Interesse der Bank» ebenfalls bejahen.

115 ROMERIO/IVELL, *Barauszahlungen*, 141, 172.

Einklang mit dem schweizerischen Rechtsverständnis.¹¹⁶ Die Berufung der Bank auf entsprechende Normen sei deshalb nicht rechtsmissbräuchlich.¹¹⁷ Nicht thematisiert werden möglicherweise entgegenstehende Interessen, insbesondere jene der Kunden.

D. Stellungnahme

1. Qualifikation fiskalisch motivierter Strafnormen

Drittstaatliche Normen, die das Verhalten einer Bank resp. ihrer Angestellten gegenüber einer im Drittstaat steuerpflichtigen Person als Beihilfe zu einem Steuerdelikt oder als Geldwäscherei qualifizieren, sind jedenfalls dann als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 19 IPRG zu qualifizieren, wenn sie auch solches Verhalten erfassen, das auf fremdem Territorium (also in der Schweiz) erfolgt ist. Solche Normen verfolgen staats- und wirtschaftspolitische Ziele. Dass sie zwingend angewendet werden wollen, ergibt sich daraus, dass die Delikte, die sie ahnden, von Amtes wegen (und nicht bloss auf Antrag hin¹¹⁸) verfolgt werden. Entgegen der Auffassung der Genfer Cour de Justice (oben S. 458) ist für die Qualifikation als Eingriffsnorm nicht vorausgesetzt, dass die fragliche Bestimmung geradezu dem *ordre public* des Erlassstaates zuzuordnen ist. Verlangt ist einzig, dass die Norm im internationalen Verhältnis zwingend angewendet werden will. Daraus folgt allerdings noch nicht, dass sie im Rahmen von Art. 19 IPRG auch berücksichtigt wird (zu den weiteren Voraussetzungen siehe unten).

Damit die ausländische Strafbestimmung im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden kann, ist zunächst vorausgesetzt, dass die fragliche Handlung, *in casu* also die Barauszahlung an den Kunden oder die Überweisung an eine Bank ausserhalb des Erlassstaates, überhaupt von der Norm erfasst ist. Bestehen darüber Zweifel, fragt sich, wie Inhalt und Tragweite des ausländischen Rechts festzustellen sind. Geht man davon aus, dass die in Art. 16 IPRG statuierten Grundsätze zur Bestimmung des ausländischen Rechts auch für drittstaatliche Eingriffsnormen gelten,¹¹⁹ so ist das Gericht verpflichtet, zumutbare und verhältnismässige Abklärungen über das anwendbare Recht zu treffen,¹²⁰ wobei es die Mitwirkung der Parteien verlangen kann (Art. 16 Abs. 1 S. 2 IPRG). Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis den Parteien überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 S. 3 IPRG). Da *in casu* die Bank die Strafnorm anruft, um sich dem Erfüllungsanspruch des Kunden aus dem Bankverhältnis entgegenzustellen, ist von einem vermögensrechtlichen Anspruch auszugehen.

116 EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 71; vgl. auch LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33, 48.

117 EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 69 ff. (die Art. 19 IPRG allerdings zur Begründung der Unmöglichkeit nach Art. 119 OR heranziehen wollen).

118 Vgl. CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 18 IPRG N 11; SCHRAMM, Eingriffsnormen im Deliktsrecht, 36 ff.

119 Dazu ausführlich MONNIER, Ausländisches Kartellrecht, N 229 ff.

120 Siehe allg. CHK/BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 16 IPRG N 3.

Die Streitfrage, ob das Gericht Eingriffsnormen auch ohne Parteiantrag berücksichtigen darf resp. muss (oben S. 449 f.), stellt sich hier nicht. Die interessierende Konstellation zeichnet sich gerade dadurch aus, dass eine Partei, nämlich die Bank, sich auf die Norm beruft, um ihre Leistungsverweigerung zu begründen.

2. Bestehen eines engen Zusammenhangs

Als zweite Voraussetzung muss zwischen dem Sachverhalt und der ausländischen Strafbestimmung ein enger Zusammenhang bestehen. Damit soll nach Schweizer Recht beurteilt werden, wie weit der Geltungsbereich, den die ausländische Norm beansprucht, Anerkennung verdient.¹²¹ Anknüpfungspunkt in der Strafsteuergesetzgebung, auf die sich die Banken berufen, ist die Steuerpflicht des Bankkunden im Erlassstaat. Diese Steuerpflicht wird regelmässig an das Vorliegen eines Domizils im betreffenden Staat geknüpft sein (vgl. demgegenüber das amerikanische Recht, wonach die US-Staatsangehörigkeit alleine genügt). Im Verhältnis zum Steuerpflichtigen selber besteht damit auf jeden Fall ein enger Zusammenhang. Eine andere Frage ist, ob dies auch in Bezug auf eine in der Schweiz domizilierte Bank gilt.

Nach der Rechtsprechung zu Art. 8 StGB (aArt. 7 Abs. 1 StGB) gilt die in der Schweiz begangene Teilnahme an einer im Ausland ausgeführten Haupttat nach dem Grundsatz der Akzessorietät als im Ausland verübt.¹²² Eine in der Schweiz begangene Anstiftung oder Gehilfenschaft begründet keinen eigenen Ausführungsort. Die Teilnahme gilt vielmehr als dort verübt, wo der Haupttäter gehandelt hat.¹²³ Aus Schweizer Sicht gilt demnach die im Inland geleistete Beihilfe einer Bank zu einer im Wohnsitzstaat¹²⁴ des Kunden verübten Haupttat als im betreffenden Staat verübt. Damit ist zugleich gesagt, dass zwischen dem Sachverhalt und den Steuerstraft- und Geldwäschereिनormen des ausländischen Wohnsitzstaates des Kunden ein enger Zusammenhang i.S.v. Art. 19 IPRG besteht.¹²⁵

121 BGE 130 III 620, E. 3.3.1.

122 BGE 108 Ib 301, E. 5.

123 BGE 108 Ib 301, E. 5; 104 IV 77, E. 7b; BGer, Urte. 6B_90/2009, 6B_91/2009 vom 29.10.2009, E. 3.3; Urte. 6B_86/2009 vom 29.10.2009, E. 2.3. Die Lehre verlangt darüber hinaus, dass die Haupttat nicht nur im Ausland, sondern auch am Ort des Teilnehmerhandelns strafbar sein müsse: BSK-StGB/POPP/KESHELAVA, Art. 8 N 16 m.w.H.

124 Gleiches gilt sinngemäss, wenn der betreffende Staat die Steuerpflicht an die Staatsangehörigkeit knüpft.

125 Ebenso (wenn auch ohne Begründung) LOMBARDINI, Not@lex 2015, 33, 48 f.; ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, 141, 172; EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 70.

3. Vorliegen schützenswerter und offensichtlich überwiegender Interessen

3.1 *Interesse der Bank an der Berücksichtigung der Strafnorm*

Das Interesse der Bank an der Berücksichtigung der ausländischen Steuerstrafnorm ist offenkundig: Die Bank will vermeiden, dass sie oder ihre Angestellten sich nach ausländischem Recht strafbar machen.¹²⁶

Zwar ist nach einem Teil der Lehre zweifelhaft «que l'article 19 (...) puisse être utilement invoqué pour obtenir du juge suisse qu'il tienne compte d'une règle étrangère dont l'existence ne se justifierait que par des intérêts économiques ou fiscaux de l'Etat qui l'a édictée.»¹²⁷ In der Tat sollten ausschliesslich fiskalisch motivierte Normen nicht berücksichtigt werden, wenn nur der betreffende Staat daran Interesse hat,¹²⁸ denn es kann nicht Aufgabe der Schweizer Gerichte sein, die Steuerpolitik anderer Staaten umzusetzen. In der vorliegenden Konstellation geht es aber gar nicht darum, rein fiskalische Interessen eines Drittstaates durchzusetzen. Vielmehr geht es darum, dass die Bank das Risiko der Strafbarkeit wegen Beihilfe zu Steuerdelikten und Geldwäscherei vermeiden will. Dieses Interesse ist aber kein staatliches Interesse, sondern ureigenes Interesse der Bank. Dass durch die Berücksichtigung der fiskalisch motivierten Norm *indirekt* der Steuerpolitik eines ausländischen Staates im Inland zum Durchbruch verholfen wird, vermag daran nichts zu ändern. Auf die Streitfrage, ob staatsbezogene Interessen im Rahmen von Art. 19 IPRG auch gegen die Interessen der Parteien berücksichtigt werden können (oben S. 448 f.), kommt es hier nicht an.

Ein zusätzliches Interesse der Bank an der Beachtung der drittstaatlichen Norm kann vorliegen, wenn die Befolgung der Kundenweisungen zu aufsichtsrechtlichen Sanktionen im Inland führen könnte.¹²⁹ Vorausgesetzt ist jedoch, dass solche Sanktionen entweder gerade deshalb drohen, weil das Guthaben ausbezahlt oder instruktionsgemäss überwiesen wurde, oder aber gerade deshalb schärfer ausfallen als die Sanktionen, die die FINMA bereits aufgrund der Annahme unsteuerter Gelder verhängen könnte.¹³⁰

126 Vgl. auch EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 70; LOMBARDINI, *Not@lex* 2015, 33, 49.

127 KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, DIP, N 396a. Auf diese Passage hat sich die Genfer Cour de Justice verschiedentlich berufen, allerdings ohne selber Stellung zu beziehen; vgl. z.B. Urt. ACJC/1579/2016 vom 2.12.2016, E. 8.1.

128 Im Zusammenhang mit dieser Frage steht auch die zitierte Passage: KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, DIP, N 396a. Gemäss SIEHR sind rein fiskalische Interessen zwar nicht schutzwürdig, können aber indirekt über die materiellrechtlichen Instrumente der *lex causae* (wie z.B. Sittenwidrigkeit) berücksichtigt werden: SIEHR, IPR, 609, 610 f.

129 ROMERIO/IVELL, *Barauszahlungen*, 141, 152 f.; EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 70.

130 Darauf weisen zu Recht EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 94 f. hin.

3.2 Schutzwürdigkeit

Schwieriger zu beurteilen ist, ob das Interesse der Bank an der Beachtung der ausländischen Norm nach schweizerischer Rechtsauffassung auch schutzwürdig ist. Dies generell zu bejahen¹³¹ oder zu verneinen,¹³² scheint problematisch. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an.

Je nach den Umständen kann die Berufung der Bank auf die ausländische Norm rechtsmissbräuchlich sein.¹³³ Ob dies der Fall ist, hängt insbesondere davon ab, ob sich die Rechtslage oder Durchsetzungspraxis im Staat, in dem der Kunde steuerpflichtig ist, seit Aufnahme der Kundenbeziehung wesentlich verändert hat und ob die Bank wusste oder hätte wissen müssen, dass die eingebrachten Gelder nicht versteuert sind.¹³⁴

Nahm die Bank die Gelder des Kunden in einem Zeitpunkt entgegen, als das drittstaatliche Recht keine nennenswerten Sanktionen vorsah für ausländische Banken, die un versteuerte Gelder entgegennehmen und verwalten, so ist es grundsätzlich auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich im Rahmen von Art. 19 IPRG auf eine seither eingeführte oder verschärfte drittstaatliche Norm beruft. Gleiches gilt, wenn die Strafnorm zwar schon existierte, die ausländischen Strafbehörden in der Praxis jedoch nicht konsequent gegen ausländische Banken vorgingen.¹³⁵ Diesfalls ist das Interesse der Bank grundsätzlich schützenswert. Eine andere Frage ist, ob dieses Interesse auch offensichtlich überwiegt (dazu unten).

Hat die Bank hingegen nach der Veränderung der Rechtslage weiterhin Gelder vom Kunden angenommen oder vorbehaltlos Erfüllungshandlungen vorgenommen, insbesondere Gelder an den Kunden ausbezahlt, obwohl sie wusste oder hätte wissen müssen, dass sich das ausländische Recht geändert hat und dass die Gelder nicht versteuert waren, und beruft sie sich erst zu einem späteren Zeitpunkt auf die drittstaatliche Norm, um sich den Instruktionen des Kunden zu widersetzen, so wird die Schutzwürdigkeit regelmässig zu verneinen sein. Gab es auf dem Konto keinerlei Bewegungen, hat die Bank jedoch von anderen Kunden, die im gleichen Staat steuerpflichtig sind, weiterhin Gelder angenommen, kann man sich fragen, ob nicht dies schon reicht, um die Rechtsmissbräuchlichkeit zu bejahen.

Die Schutzwürdigkeit wird man auch verneinen müssen, wenn die Bank die Gelder in einem Zeitpunkt entgegennahm, als das Risiko einer Strafverfolgung im Staat, in dem der

131 So scheinbar ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, 141, 172.

132 BÉGUIN, Le Temps, 11.3.2015; MOLO, Novità fiscali (NF) 2015, 32, 36.

133 A.A. EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 71. Allerdings differenzieren die beiden Autorinnen in anderem Zusammenhang, nämlich bei der *clausula rebus sic stantibus*, durchaus: a.a.O., 79 ff.

134 Vgl. sinngemäss EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 79 ff., zur *clausula rebus sic stantibus*.

135 Vgl. sinngemäss EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 82.

Kunde steuerpflichtig ist, bereits existierte oder sich abzeichnete, und die Bank wusste oder hätte wissen müssen, dass die Gelder unversteuert sind.¹³⁶

Teils wird auch das Interesse des *Drittstaates* an der Durchsetzung seiner Steuerstraf- und Geldwäschereिनormen als schutzwürdiges Interesse bezeichnet, das im Rahmen von Art. 19 IPRG zu berücksichtigen sei.¹³⁷ Es kann jedoch nicht Aufgabe der Schweizer Gerichte sein, als «verlängerter Arm» ausländischer Behörden deren Steuerpolitik umzusetzen. Das Fiskalinteresse des Drittstaates sollte deshalb nicht zusätzlich in die Waagschale geworfen werden. Ausschlaggebend sollte einzig das Interesse der Bank sein.

3.3 *Offensichtlich überwiegendes Interesse*

Dass die Interessen der Bank schützenswert sind, genügt für sich alleine noch nicht. Die Interessen an der Berücksichtigung der Eingriffsnorm müssen ausserdem offensichtlich überwiegen. Zu berücksichtigen ist dabei zunächst, wie schwer die Sanktionen sind, die der Bank drohen. Dabei sind nicht nur die ausländischen Strafnormen, sondern auch all-fällige aufsichtsrechtliche Konsequenzen im Inland zu beachten.

Dem Interesse der Bank stehen die Interessen des Kunden entgegen. Dieser kann deshalb die Barauszahlung (oder die Überweisung an eine Bank in einem Staat, der sich nicht um die Steuersituation kümmert) verlangen, weil er verhindern will, dass der Fiskus auf seine Gelder aufmerksam wird. Das Interesse, der Steuerpflicht zu entgehen, wird man nicht als schützenswert qualifizieren können. Anders zu beurteilen ist jedoch das Interesse des Kunden daran, strafrechtliche Sanktionen zu vermeiden, die er bei Bereinigung seiner Steuersituation zu gewärtigen hat.

Bei der materiellrechtlichen Interessenabwägung im Rahmen der *clausula rebus sic stantibus* stellen SUSAN EMMENEGGER und RAHEL GOOD darauf ab, ob dem Kunden die Option einer Selbstanzeige offensteht und, falls ja, welche Sanktionen ihm drohen. Zu berücksichtigen sei auch, mit welchen Straferleichterungen die Bank im Falle einer Steuerbereinigung rechnen könne.¹³⁸ Die gleichen Überlegungen sollten in die kollisionsrechtliche Prüfung nach Art. 19 IPRG einfließen. Auch hier gilt, dass die Bank «keine einseitige Risikominimierung auf Kosten des Kunden betreiben darf»¹³⁹.

3.4 *Relevanz der inländischen Beurteilung des Bankverhaltens*

Entgegen der Ansicht der Genfer Cour de Justice (siehe oben S. 458) sollte es im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 19 IPRG nicht darauf ankommen, ob die Schweiz das Verhalten der Banken ähnlich bewertet wie der Drittstaat. Dass verschiedene Gesetzgebungsprojekte gescheitert sind, mit denen die Entgegennahme unversteuerten Gelder in der Schweiz erschwert werden sollte, ändert nichts an der Zwangslage, in der sich eine Bank aufgrund des ausländischen Rechts befinden kann. Die Beachtung drittstaatlicher

¹³⁶ Vgl. sinngemäss EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 84 f.

¹³⁷ ROMERIO/IVELL, *Barauszahlungen*, 141, 172.

¹³⁸ EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 96.

¹³⁹ EMMENEGGER/GOOD, *Ausländische (Steuer-)Regulierung*, 33, 96.

Verbotsnormen setzt auch nicht voraus, dass das im Ausland verbotene Verhalten aus Schweizer Sicht sittenwidrig («immoral») ist.

4. Rechtsfolge

Sind die Voraussetzungen nach Art. 19 IPRG erfüllt, steht es dem Gericht insbesondere frei, den Vertrag zwischen der Bank und dem Kunden anzupassen (siehe allg. oben S. 450 f.). Was als «nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung» (Art. 19 Abs. 2 IPRG) zu qualifizieren ist, wird insbesondere davon abhängen, welche Verhaltensweisen das drittstaatliche Eingriffsrecht verbietet. Je nachdem könnte der Vertrag z.B. dahingehend angepasst werden, dass Barauszahlungen nur bis zu einem bestimmten Betrag und Überweisungen nur in OECD-Staaten ausgeführt werden müssen.¹⁴⁰

IV. Zusammenfassung

Der Umgang schweizerischer Banken mit un versteuerten Geldern wirft nicht nur materiellrechtlich, sondern auch kollisionsrechtlich interessante Fragen auf, mit denen sich das Bundesgericht noch nicht befassen musste. Unklar ist insbesondere, ob steuerlich motivierte Strafnormen eines Drittstaates im Rahmen von Art. 19 IPRG berücksichtigt werden können.

Verweigert eine Bank die Barauszahlung oder Überweisung un versteuerten Geldes, obwohl der Kunde sie entsprechend angewiesen hat, so tut sie dies nicht aus Rücksicht auf die fiskalischen Interessen des Staates, in dem der Kunde steuerpflichtig ist. Sie tut es vielmehr deshalb, weil sie sich nicht nach dem Recht des Steuerstaates strafbar machen möchte. Dies mag banal klingen, wird jedoch in der Diskussion um die Bedeutung ausländischen Steuerrechts zum Teil verkannt. Die Differenzierung ist deshalb wichtig, weil im Rahmen von Art. 19 IPRG nach wie vor umstritten ist, ob rein staatliche Interessen überhaupt berücksichtigt werden können.

Beim Wunsch, sich vor Strafverfolgung zu schützen, handelt es sich um das private Interesse einer Partei, das grundsätzlich schützenswert ist. Die kollisionsrechtliche Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts kann deshalb nicht einfach mit der Begründung beiseitegeschoben werden, fiskalische Interessen des Drittstaates seien *per se* nicht schutzwürdig. Richtig ist allerdings, dass dem Interesse eines Staates an der Durchsetzung seiner Steuernormen bei der Interessenabwägung nach Art. 19 IPRG kein eigenes Gewicht beigemessen werden sollte.

Gleichzeitig darf die Bank keine einseitige Risikominimierung zulasten ihrer Kunden betreiben. Auch dies wird zum Teil verkannt. Je nach Konstellation kann die Berufung der Bank auf drittstaatliche Steuerstrafnormen rechtsmissbräuchlich sein. Dies ist etwa dann

140 Vgl. (zur Vertragsanpassung im Rahmen der *clausula rebus sic stantibus*) EMMENEGGER/GOOD, Ausländische (Steuer-)Regulierung, 33, 97 f.

der Fall, wenn die Bank die Kundengelder in einem Zeitpunkt annahm, als das Risiko einer Strafverfolgung im Staat, in dem der Kunde steuerpflichtig ist, bereits existierte und die Bank wusste oder hätten wissen müssen, dass die Gelder unbesteuert sind. Ist die Berufung auf die ausländische Norm rechtsmissbräuchlich, so verdient das Interesse der Bank an ihrer Berücksichtigung im Rahmen von Art. 19 IPRG keinen Schutz.

Aus der blossen Tatsache, dass das ausländische Recht sich erst nach Aufnahme der Kundenbeziehung zu Lasten der Banken geändert hat, folgt noch nicht, dass das Interesse der Bank auch schützenswert ist. Wurden die Sanktionen, die der Bank nach ausländischem Recht drohen, erst nachträglich eingeführt oder verschärft, hat die Bank aber dennoch nach diesem Zeitpunkt weiterhin Gelder vom Kunden angenommen oder vorbehaltlos Erfüllungshandlungen vorgenommen, obwohl sie wusste oder wissen musste, dass die Gelder nicht versteuert waren, so wird sie regelmässig keinen Schutz verdienen im Rahmen von Art. 19 IPRG. Man kann sich sogar fragen, ob die Berufung auf die ausländische Norm nicht bereits dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn die Bank trotz Änderung der Rechtslage im betreffenden Staat weiterhin von anderen Kunden, die im gleichen Staat steuerpflichtig sind, Gelder angenommen hat.

Geht man davon aus, dass Art. 16 IPRG auch für drittstaatliches Eingriffsrecht gilt, so ist das Gericht verpflichtet, zumutbare und verhältnismässige Abklärungen über den Inhalt der von der Bank angerufenen Steuer- und Geldwäschereinormen zu treffen. Da es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt, kann das Gericht nicht nur die Mitwirkung der Parteien verlangen, sondern den Nachweis den Parteien überbinden. Im summarischen Verfahren nach Art. 257 ZPO muss aber auf jeden Fall die Bank begründen, inwiefern eine ausländische Norm Anwendung verlangt und weshalb sie dem Anspruch des klagenden Kunden entgegensteht.

Auch wenn das Interesse der Bank an der Berücksichtigung der ausländischen Steuer- oder Geldwäschereinorm im Einzelfall schützenswert ist, folgt daraus noch nicht, dass die Norm auch tatsächlich berücksichtigt wird. Vorausgesetzt ist nach Art. 19 IPRG zusätzlich, dass das Interesse der Bank offensichtlich überwiegt. Bei der Interessenabwägung kommt es massgeblich darauf an, mit welchen Folgen der *Kunde* zu rechnen hat, wenn er seine Steuersituation bereinigt, insbesondere, ob ihm die Möglichkeit einer straflosen Selbstanzeige offensteht.

Nicht in die Abwägung miteinzubeziehen ist das Interesse des ausländischen Staates an der Durchsetzung seiner Steuerstraf- und Geldwäschereinormen. Es ist nicht Aufgabe der Schweizer Gerichte, die Steuerpolitik ausländischer Behörden umzusetzen.

Ausländisches Strafsteuerrecht kann nicht nur über Art. 19 IPRG, sondern auch im Rahmen des anwendbaren Rechts berücksichtigt werden. Gegenüber materiellrechtlichen Begriffen wie Sittenwidrigkeit oder Unzumutbarkeit hat der kollisionsrechtliche Weg jedoch den Vorteil, dass er die Interessenabwägung in den Vordergrund rückt, von vornherein auf internationale Sachverhalte zugeschnitten ist und unabhängig davon gilt, wel-

chem Recht der Vertrag im Einzelnen untersteht. Eine mit Art. 19 IPRG vergleichbare *materiellrechtliche* Interessenabwägung findet nach schweizerischem Recht bei der *clausula rebus sic stantibus* statt.